Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger

unter besonderer Berücksichtigung des § 776 B. G. B.

Inaugural-Dissertation

verfasst und der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Doktorwürde

ACAD. LUGDUNT. BIBL.

vorgelegt von

Wilhelm Straus

Gerichtsassessor, Bruchsal.

1912.

Buchdruckerei Ewald Schmidt

Bruchsal.

Referent:

Geheimrat Prof. Dr. H. v. Burckhard.

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549811_0129

Literatur.

Arndts, Pandekten. 13. Aufl., Stuttgart 1886.

Büttner, Die Haftung des Bürgen nach gemeinem Recht und dem Recht des B. G. B. Greifswalder Diss. 1899.

Cosack, Lehrbuch des deutschen Bürgerl. Rechts auf der Grundlage des B. G. B. 4. Aufl.

Crome, System des deutschen Bürgerl. Rechts 2. Band, Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen und Leipzig 1902.

Dernburg, Das Bürgerl. Recht des Deutschen Reiches und Preussens, 3. Aufl. Berlin 1903.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts 9. Aufl. 1. Bd. Berlin 1903.

Geib, Zur Dogmatik des römischen Bürgerschaftsrechts, Tübingen 1994.

Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Zivilrecht, Jena 1850.

Hachenburg, Commentar zum Badischen Landrecht, Mannheim 1896.

Hasenbalg, Die Bürgschaft des gemeinen Rechts, Düsseldorf 1870.

Herms, Die Bürgschaft nach B. G. B. Rostocker Diss. 1900.

Kuhlenbeck, Commentar zum B. G. B. Bd. 1, Berlin 1889.

Kramer, Der Schutz des Bürgen bei schuldhafter Behandlung der Hauptforderung durch den Gläubiger, Osnabrück 1907, Erlanger Diss. 1907.

Kaufmann, Die Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen nach heutigem Recht, Erlanger Diss. 1909.

Lichtlen, Die Bürgschaft nach den Bestimmungen des B. G. B. unter Vergleichung mit denjenigen des französischen Rechts in der Zeitschrift für deutsches Bürgerliches Recht und französisches Zivilrecht. Band 31, Heft 1, Mannheim 1900.

Markus, Der Anspruch des Bürgen auf Diligenz des Gläubigers gegenüber dem Hauptschuldner nach B. G. B. in „Das Recht." 6. Jahrgang 1902.

Meisner, Commentar zum B. G. B. II, Breslau 1898.

Mode, Befreiung des Bürgen durch Nachlässigkeit des Gläubigers in Wahrnehmung seiner Rechte gegen dritte Personen, Erlanger Diss. 1896.

Oertmann, Commentar zum B. G. B. II, Berlin 1906.

Planck, Commentar zum B. G. B. II.

Pulvermann, Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger. Heidelberger Diss. 1903.

Regeniter, Die Einrede der Vorausklage, Leipziger Diss. 1903.
Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse des B. G. B. München 1902.
Seyfferth, Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger, Leipziger Diss. 1905,
Sieber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach Deutschem Reichsrecht, Leipzig 1903.
Sokolowsky, Die Mandatsbürgschaft nach römischem und gemeinem Recht, Halle 1891.
Staudinger, Commentar zum B. G. B. II, München 1910.
Stoppe-Lehmann, Handbuch des Deutschen Privatrechts III. Band, Berlin 1898.
Töbelmann, Die Bürgschaft nach dem B. G. B., Heidelberger Diss. 1904.
Vangerow, Pandekten 7. Aufl. Marburg und Leipzig 1876,
Weyl, Vorträge über das B. G. B., München 1898.

Einleitung.

Der Begriff der Bürgschaft.

Unter den heutigen wirtschaftlichen Verhältnissen ist die Gewährung von Credit eine der unerlässlichsten Bedingungen für jeglichen Geschäftsbetrieb. Diesem Bedürfnis auf der einen Seite steht gegenüber die Notwendigkeit für den Creditgeber, sich möglichst große Sicherheit zu verschaffen. Man wird zwar im Allgemeinen nur demjenigen Credit gewähren, dem die Fähigkeit und die Absicht zugetraut werden kann, daß er sein Versprechen auch erfüllt. Bei aller Vorsicht aber bringt Creditieren Gefahren mit sich. Das Interesse des Creditgebers erfordert es infolgedessen, sich gegen Zufälligkeiten zu schützen, da die Möglichkeit der Zahlungsunfähigkeit nie ausgeschlossen ist.

Diesem Bedürfnis nach einer zuverlässigen Creditgrundlage, ist das Rechtsleben gerecht geworden, indem es Mittel von verschiedener Kraft und Wirkung zur Ausbildung brachte, die geeignet sind, dem Creditgeber Garantien für die Sicherheit des zu creditierenden Kapitals zu bieten[1]).

Die Sicherungsmittel gegen die Zahlungsunfähigkeit zerfallen in zwei große Gruppen: reale und persönliche Sicherung. Die erstere ist die zuverlässigere und die im Verkehr beliebteste. Das römische Recht drückt diesen Gedanken in dem Spruche aus: Plus cautionis est in re quam in persona[2]). Doch nicht immer wird es dem Schuldner

[1]) Herms S. 4.

[2]) 1. 25, D. de J. 50.17., Dernburg a. a O. S. 343.

möglich sein, eine reale Sicherheit zu stellen und manchmal wird es untunlich sein. In derartigen Fällen wird sich der Gläubiger mit einer persönlichen Sicherheit zufrieden geben müssen. Die allgemeinste Form der persönlichen Sicherung ist die Bürgschaft, d. h. derjenige obligatorische Vertrag, durch den jemand (der Bürge) gegenüber dem Gläubiger sich verpflichtet, für die Erfüllung der Verbindlichkeiten eines Dritten (des Hauptschuldners) einzustehen. Der Bürgschaftsvertrag ist mithin ein Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen. Eine Mitwirkung des Hauptschuldners ist zum Abschluß des Vertrages nicht erforderlich.

Andere Gestaltungen der Bürgschaft erwähnt das B. G. B. nicht; solche sind, Schadloshaltungs-, Nach- und Rückbürgschaft. Schadloshaltungsbürge ist derjenige, der dem Gläubiger für den Teil der Verpflichtung des Schuldners haften zu wollen verspricht, den der Gläubiger vom Schuldner selbst beizutreiben nicht imstande sein sollte.

Nachbürge oder Afterbürge ist der, der die Bürgschaft dafür übernimmt, daß der Bürge die ihm obliegenden Verpflichtungen erfüllt.

Rückbürge ist der, der dem Bürgen dafür einsteht, daß sein Ersatzanspruch gegen den Hauptschuldner von Erfolg sein wird.

Wenn wir im folgenden von der Bürgschaft reden, so haben wir nur die im B. G. B. ausdrücklich geregelte im Auge.

A. Der Schutz des Bürgen.

„Den Bürgen muß man würgen", sagte man im ältesten deutschen Recht, wo der Schuldner erst dann in Angriff genommen wurde, wenn beim Bürgen nichts mehr zu holen war[1]). Ein derartiger Rechtszustand durfte unter der Herrschaft des B. G. B. nicht wieder Platz greifen. Es war nicht blos das Interesse des Gläubigers, sondern auch

[1]) Unger in Jherings Jahrbuch für Dogmatik Bd. 29 S. 17.

das des Bürgen zu berücksichtigen. Dies führte zunächst zur Aufstellung des Erfordernisses der schriftlichen Form für das Bürgschaftsversprechen, damit der Bürge nicht unüberlegt die Haftung für fremde Verbindlichkeit übernehme. Ist aber diese Form gewahrt, so darf trotzdem der Bürge nicht der Willkür des Gläubigers preisgegeben sein, und es muß ihm, soweit dies ohne Benachteiligung des Gläubigers geschehen kann, ein möglichst weitgehender Schutz gegen die Gefahr aus der Uebernahme der Verpflichtung gewährt werden.

Dieser Schutz kann entweder gegen die Klage des Gläubigers gerichtet sein, oder gegen den Hauptschuldner, insofern als, wenn der Bürge hat leisten müssen, er einen Regreßanspruch gegen diesen hat.

Es ist klar, daß der wirksamste Schutz darin besteht, es gar nicht zur Inanspruchnahme des Bürgen kommen zu lassen, also in der Richtung gegen den Gläubiger, weil ein Regreß gegen den Hauptschuldner möglicherweise faktisch wirkungslos ist. Auf der anderen Seite liegt dabei die Gefahr nahe, daß der Hauptzweck der Bürgschaft die Erleichterung und Hebung des Kredits durch möglichste Sicherstellung des Gläubigers, wenn nicht überhaupt vereitelt, so doch stark beeinträchtigt würde[1]).

Das B. G. B. trägt beiden Momenten, jenem Bedürfnis und dieser Gefahr, Rechnung; doch herrscht die Sicherstellung des Gläubigers vor.

Gegenstand der folgenden Darstellung bildet die Erörterung der Frage, inwieweit auf den Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger im B. G. B. Rücksicht genommen ist. Zunächst handelt es sich dabei um Folgerungen aus der Abhängigkeit der Bürgschaft von der Hauptschuld, die nur dann eingreifen, wenn es an einer Hauptschuld gebricht oder aber der Umfang der Bürgschaft über den der Hauptschuld hinausgeht.

---

[1]) Girtanner S. 551.

B. Die Subsidiarität der Bürgschaft.

Einen gewissen Schutz in seiner Rechtsstellung gegenüber dem Gläubiger gewährt dem Bürgen der Umstand, daß er nur subsidiär haftet, d. h. der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers so lange verweigern, als der Gläubiger nicht eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner vergeblich versucht hat. Im Gegensatz zur Akzessorität ist aber die Subsidiarität kein notwendiges begriffliches Merkmal der Bürgschaft. Die Einrede der Vorausklage ist ausgeschlossen, wenn schon jetzt feststeht, daß die vorgängige Belangung des Hauptschuldners ohne Erfolg bleiben wird (§ 773 Ziff. 2—4 B. G. B.); ferner dann, wenn der Bürge ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet hat. (§ 773 Ziff. 1, § 349 H. G. B.). Durch die Bestimmungen des § 774 wird der dem Bürgen durch die Zulässigkeit der Einrede der Vorausklage gewährte Schutz wieder stark herabgemindert. Immerhin bleibt dem Bürgen auch in diesen Fällen seine Reservestellung meistens faktisch gewahrt. Ein anständiger Gläubiger ist dem Bürgen moralisch schuldig, daß er trotz des Verzichts sich zuerst gegen den Schuldner wendet[1]). Mit Recht sagt Martinius in Gruchot Bd. 49 S. 186: Der Gedanke an die prinzipiell subsidiäre Natur der Bürgenhaftung wirkt trotz des Verzichts auf die Einrede der Vorausklage tatsächlich nach und nimmt eine gewisse moralische Wirkung für sich in Anspruch. Jeder Bürge geht bei Eingehung der Bürgschaft davon aus, daß der Fall, selbst in Anspruch genommen zu werden, nicht eintreten wird. Er verläßt sich auf die Vorsicht des Gläubigers und erwartet, daß dieser vom Hauptschuldner Befriedigung erhält. Der Bürge nimmt an, daß der Schuldner, mit dem sich sein Gläubiger eingelassen hat, ein sicherer Schuldner sei. Er verläßt sich mit Recht darauf, daß der Gläubiger dafür sorgen wird, daß der Bürge die übernommene Verpflichtung nicht zu erfüllen braucht. Immerhin würde es um den Schutz des Bürgen, soweit dieser sich auf die Subsidiarität der Bürgenhaftung stützt, schlimm bestellt sein,

[1]) Reichel S. 81.

wenn diese sich allein auf die Einrede der Vorausklage stützen würde. Das ist aber nicht der Fall. Vielmehr ist auch in den Fällen vorausklagloser Bürgschaft die Haftung des Bürgen nur subsidiär[1]).

Dies gilt zunächst für den Fall, daß der Hauptschuldner ein unvertretbares Tun schuldet. Denn die Verpflichtung von Hauptschuldner und Bürgen ist hier offensichtlich eine ganz verschiedene: Jener schuldet die Erfüllung, die Vornahme des Tuns, das Tun kann aber, wenn es ein unvertretbares ist, von einem andern nicht vorgenommen werden. Der Bürge kann also gar nicht dasselbe schulden, wie der Hauptschuldner, das Tun, die Erfüllung, sondern er hat für die Erfüllung vonseiten des Hauptschuldners einzustehen; mithin ist der Hauptschuldner in Ansehung der von ihm geschuldeten Leistung Alleinschuldner, der Bürge ist Schuldner nur unter der Bedingung, daß der Hauptschuldner nicht erfüllt[2]).

Aber auch in dem Falle, wenn der Schuldner ein vertretbares Tun schuldet, haftet der Bürge nur subsidiär. Denn auch hier ist der Gegenstand der Hauptschuld ein anderer als der der Bürgschaftsschuld. Der Bürge, auch der selbstschuldnerische, haftet niemals auf Erfüllung der Hauptschuld; er haftet vielmehr grundsätzlich nur auf das Interesse, das der Gläubiger an der Erfüllung der Hauptschuld hat, und mithin stets subsidiär, nur für den Fall, daß der Hauptschuldner (aus faktischen Gründen) seine Verbindlichkeit nicht selbst erfüllt[3]). Der § 688 des ersten Entwurfes drückte diesen Gedanken folgendermaßen aus: „Durch den Bürgschaftsvertrag wird der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten verpflichtet, die Verbindlichkeit des letzteren zu erfüllen, wenn die anderweitige Erfüllung derselben unterbleibt."

---

[1]) Reichel S. 5.

[2]) Hruza, Die Korealobligation nach dem Entwurfe II S. 52, Geib a. a. O S. 61.

[3]) Reichel S. 84

C. Die Akzessorietät der Bürgschaft.

Die Verbindlichkeit des Bürgen ist stets akzessorisch. Die Natur eines akzessorischen Rechts zeigt sich darin, daß es regelmäßig ohne das Hauptrecht weder entstehen noch bestehen kann und auf den Erwerber des Hauptrechts von selbst übergeht. Ohne Hauptschuld keine Bürgschaft. Ein rechtsgeschäftlicher Verzicht des Bürgen auf die Akzessorität ist schlechthin als mit dem Wesen der Bürgschaft unvereinbar ausgeschlossen. Sie hat keine selbständige Natur, sie ist ein Nebenrecht, das nur den Zweck hat, die Erfüllung eines anderweitigen Anspruchs zu sichern. „Die spezifische Akzessorität der Obligation des Fideiussor besteht im Gegensatz zur Korealobligation darin, daß solche Sicherstellung erfolgt durch die promissio nicht eines selbständigen, sondern eines unselbständigen idem, das nur auf Grund der zu sichernden Hauptobligation jeweilig bestimm- und klagbar wird.“[1]).

Nach dem Vorstehenden tritt der Bürge zu einem zwischen andern begründeten Schuldverhältnis als Schuldner neben den Hauptschuldner. Keine Bürgschaft ist deshalb der sogen. Garantievertrag, bei dem jemand (der Garant) einem andern (dem Garantieempfänger) verspricht, ihm den Schaden zu ersetzen, den er bei einem Unternehmen erleiden würde[2]).

Aus der akzessorischen Verpflichtung des Bürgen folgt: 1. Die Bürgschaft ist nur rechtsbeständig, wenn das Schuldverhältnis, das sie sichern soll, gültig ist; bei Nichtigkeit der Hauptschuld, sei es von Anfang an, oder infolge Anfechtung, ist die Bürgschaft nichtig[3]), während, wenn dem Anspruch aus dem Hauptschuldvertrag nur eine dilatorische Einrede entgegensteht, dadurch der Bürgschaftsvertrag in seiner Gültigkeit nicht berührt wird[4]). Die Rechtsbeständigkeit bedeutet hier nach dem B. G. B. Klaglosigkeit Eine sogen. blos natürliche Verbindlichkeit,

[1]) Geib a. a O. S. 76.
[2]) R. G. E. Bd. 61 S. 160.
[3]) R. G. E. Bd. 63, S. 145,
[4]) R G. E. Bd. 68. S. 304.

genügt anders als nach römischem Recht, nicht. Für eine Spiel- oder Wettschuld kann eine rechtswirksame Bürgschaft nicht übernommen werden, auch nicht für eine verjährte Forderung[1]).

Erlischt die Hauptschuld durch Verjährung, so hört, während Pfandrecht und Hypothek bestehen bleibt (§ 222 B. G. B.) die Verpflichtung des Bürgen auf, bezw. der Bürge kann die dem Hauptschuldner zustehende Einrede der Verjährung geltend machen. (§ 768).

2. Der Bürge kann sich zwar auf weniger verpflichten, als der Hauptschuldner, aber nicht auf mehr. Die Uebernahme einer über das Einstehen für die Erfüllung der Hauptschuld hinausgehenden Verpflichtung fällt aus dem Rahmen der Bürgschaft heraus. Eine Abweichung von dem Grundsatz der Akzessorität enthält § 767 im Satz 3 insofern, als wenn die Hauptschuld später durch Rechtsgeschäft des Hauptschuldners erweitert wird, der Bürge nicht in diesem erweiterten Umfange haftet. Es ist dies aber nur eine Konsequenz davon, daß für den Umfang der Verpflichtung des Bürgen maßgebend ist, der Bestand der Hauptschuld bei Uebernahme der Bürgschaft mit den Erweiterungen durch culpa und mora des Hauptschuldners: Der jeweilige Bestand der Hauptschuld, wie er sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, mit denen der Bürge rechnen muß, ergiebt, ist entscheidend, nicht aber der Bestand, wie er vom Hauptschuldner willkürlich durch ein die Verpflichtung erweiterndes Rechtsgeschäft begründet wird.

D. Paragraph 776 B. G. B.

Auch der § 776 B. G. B. ist eine Vorschrift zum Schutze des Bürgen in der Richtung gegen den Gläubiger. Er ist die natürliche Folge des § 774 B. G. B., der besagt, daß der Uebergang der getilgten Forderung vom Gläubiger an den Bürgen kraft Gesetzes eintritt. Man wollte durch die Vorschrift des § 776 verhüten, daß der Gläubiger die ihn schützenden Rechte zum Nachteil des

[1]) Anders Dernburg unter Berufung auf § 222 Abs. 2 B. G. B.

Bürgen aufgiebt. Soweit ist die Verpflichtung des Gläubigers, die Rechte des Bürgen zu wahren, im Geſetze positiv bestimmt. Ob man aus dieser Vorschrift eine allgemeine Diligenzpflicht ableiten kann, dies zu untersuchen wird die Hauptaufgabe der folgenden Erörterung sein.

E. Die Diligenzpflicht im allgemeinen.

Unter Diligenzpflicht versteht man die Verpflichtung des Gläubigers, für die Beitreibuug der geſchuldeten Leistung, sowie für Bewahrung des Anspruchs gegen den Hauptſchuldner Sorge zu tragen, wie überhaupt die Interessen des Bürgen in jeder Weise zu berücksichtigen — eine Haftung für culpa in exigendo.

Eine solche ist in mehreren Geſetzbüchern statuiert.

Sehr klar und bestimmt ist die Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen in Art. 4549 des Liev — est — und kurländiſchen Privatrechts präzisiert. Derselbe lautet: Der Bürge wird von seiner Haftung befreit, wenn der Gläubiger dem Schuldner gegenüber nachlässig verfuhr und sich eine Zögerung zu Schulden kommen ließ, die unter den besonderen Verhältnissen als unverzeihlich erſcheint.

Eben so weit geht der § 1466 des sächsiſchen B. G. B. in der Fürsorge für den Bürgen, indem es bestimmt, daß die Bürgſchaft erlöſcht, wenn und soweit dem Gläubiger eine Verſchuldung zur Last fällt, durch welche dem Bürgen die Rechtswohltat der Vorausklage oder der Rückanspruch an den Hauptſchuldner vereitelt wird, insbesondere wenn der Gläubiger verſchuldet, daß er vom Hauptſchuldner Befriedigung nicht erlangen kann. Hiernach wird der Bürge durch jedes Verſchulden des Gläubigers — und mag es auch in irgend einer leichten Fahrlässigkeit bestehen — von seiner Verpflichtung frei.

Art. 2037 des Code civil hat folgenden Wortlaut: La caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut

plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Der entsprechende Artikel 2037 des Bad. Landrechts lautet: Der Bürge ist seiner Verbindlichkeit los, sobald es der Gläubiger unmöglich macht, daß in seine Rechte, Pfänder und Vorzüge der Bürge eintreten kann.

Auch das preußische Allgemeine Landrecht verlangt vom Gläubiger eine diligentia in exigendo allerdings mit der Beschränkung, daß der Gläubiger nur für grobe Fahrlässigkeit haften solle. In Th. I. tit. 14 § 328 bestimmt es, wie folgt: Hat der Gläubiger bei der Verfolgung der Execution gegen den Hauptschuldner ein grobes Versehen begangen, so fällt ihm der daraus entstehende Schaden zur Last; — er kann also für den in dieser Weise durch sein Verschulden erwachsenen Schaden vom Bürgen nicht Ersatz verlangen, sondern dieser wird in Höhe desselben ipso jure befreit[1]).

Auch Art. 508 des schweizerischen Bundesgesetzes und § 1366 des österr. Bürg. Gesetzbuches normieren eine Diligenzpflicht.

Im B. G. B. ist eine allgemeine Bestimmung über die Diligenzpflicht des Gläubigers nicht getroffen, sondern nur für einzelne genau bestimmte und eng begrenzte Fälle das Interesse des Bürgen besonders berücksichtigt und in so weit dem Gläubiger eine Diligenzpflicht auferlegt. Nach § 776 wird der Bürge frei, wenn der Gläubiger ein mit seiner Forderung verbundenes Vorzugsrecht, ein für sie bestehendes Pfandrecht oder das Recht gegen einen Mitbürgen aufgiebt, und zwar auch dann, wenn das aufgegebene Recht erst nach der Uebernahme der Bürgschaft entstanden ist. Der Bürge wird jedoch nur in so weit frei, als er aus dem aufgegebenen Recht nach § 774 hätte Ersatz erlangen können.

Hierbei erhebt sich die Streitfrage, wie sich die Sachlage gestaltet, wenn nach der Aufgabe eines Nebenrechts noch sonstige Rechte vorhanden sind, aus welchen sich der Bürge vollständig befriedigen kann. Nach der

[1]) Vgl. dazu Kramer a. a. O. S. 20, Mode a. a. O. S. 104, Regeniter a. a. O. S. 84, Reichsgericht Bd. 8 S. 260 ff.

herrſchenden Ansicht wird der Bürge in diesem Falle nicht frei, ja Herms[1]) will sogar eine Befreiung des Bürgen erst dann eintreten lassen, wenn er aus dem Vermögen des Hauptſchuldners überhaupt Befriedigung nicht zu erwarten hat. Wenn nun diese Ansicht Herms' auch zu weit geht, so ist andererseits die Meinung Seifferth's[2]), der die Befreiung des Bürgen in Höhe des Wertes der aufgegebenen Rechte auch dann eintreten lassen will, wenn die verbleibenden Nebenrechte noch volle Sicherheit bieten, nicht stichhaltig. Seifferth begründet seine Ansicht damit, daß durch die Bestimmung des § 776 B. G. B. nicht nur der Bürge hinsichtlich seiner künftigen Regressansprüche gesichert, sondern außerdem der Gläubiger mit der Pflicht beſchwert sein soll, seine Forderung mit allem, was ihr adhäriert unberührt zu lassen, sodaß sich die Befreiung des Bürgen vor allem auch als eine Bestrafung des Gläubigers für die Zuwiderhandlung gegen eine ihm obliegende Verbindlichkeit darstellt.

Diese Auslegung hatte der § 1466 des sächs. B. G. B. sowie Art. 2037 des Code civil bezw. des Bad. Landrechts gefunden. Hachenburg sagt hierüber in seinem Komentar zum Bad. Landrecht: Die Bedeutung des Landrechtssatzes 2037 ist nicht die, daß der Gläubiger, der dem Bürgen den Eintritt in seine Rechte, Pfänder u. s. w. unmöglich macht, den Bürgen ſchädigt, sondern die, daß er die ihm obliegende Pflicht nicht erfüllt. Nach einer reichsgerichtlichen Entſcheidung[3]) verlangt eine Verletzung des Art. 2037 nicht eine objektive Schädigung der Interessen des Bürgen, dadurch, daß der Gläubiger sich die Erlangung der Befriedigung vom Schuldner unmöglich gemacht bezw. erſchwert hat, vielmehr genügt eine durch das Verhalten des Gläubigers herbeigeführte Möglichkeit. Das Reichsgericht faßt in der citierten Entſcheidung das Verhältnis zwiſchen Gläubiger und Bürgen in dieser Beziehung als ein synallagmatiſches auf, sodaß die Einrede als exceptio non adimpleti

[1]) a. a. O. S. 65.
[2]) a. a. O. S. 10
[3]) R. G. E. Bd. 2 S. 349.

contractus erſcheint. Demnach gehört zur Begründung der Einrede nicht die Substantiierung eines Schadens in der Richtung, daß und in wie weit die übrig gebliebenen Mittel des Hauptſchuldners zur Schadloshaltung des Bürgen unzureichend seien, sondern es kommt darauf an, bis zu welchem Betrag der Gläubiger Sicherheiten aufgegeben, bezw. sich außer Stande geſetzt hat, dem Bürgen den Eintritt in solche zu ermöglichen. Der Unterſchied, ob man davon ausgeht, ob zur Zeit der Klage der übrig gebliebene Rest der ursprünglichen Sicherheit noch ausreicht, oder davon, wie weit der Gläubiger den Eintritt in letztere unmöglich gemacht hat, ist nach der Ansicht des Reichsgerichts ſchon um deswillen ein wesentlicher, weil im ersten Falle der Bürge zur sofortigen Ausklagung des Hauptſchuldners genötigt und ihm jeder Nachteil auferlegt wird, welcher aus etwaiger späterer Verminderung des Wertes der noch vorhandenen Pfandobjekte entstehen kann.

Daß für den § 776 B. G. B. diese Auslegung nicht Platz greifen kann, ergibt sich ſchon aus dem Wortlaut des Geſetzes. Die Befreiung des Bürgen hat nach diesem Paragraphen eine objektive Schädigung desselben durch Aufgeben eines Nebenrechtes zur Vorausſetzung. Allerdings braucht die Schädigung nicht vorsätzlich zu erfolgen; der Vorsatz braucht sich allein auf das Aufgeben zu richten. Ein fahrlässiges oder ein ohne Verſchulden des Gläubigers bewirktes Aufgeben, an das Kuhlenbeck denkt und durch das er den Bürgen ebenfalls befreit wissen will, ist begrifflich ausgeſchlossen[1]).

Es ist klar, daß der § 776 keine zwingende Rechtsnorm ist und deshalb durch Parteivereinbarung geändert werden kann. Stimmt der Bürge der Aufgabe des Nebenrechts zu, so kann er sich nicht auf § 776 B. G. B. berufen. Stimmt er der Aufgabe des Nebenrechts erst nachträglich zu, so bedarf diese Erklärung der Schriftform. Denn durch die Aufgabe des Nebenrechts ist er ipso jure frei geworden. Seine Zustimmungserklärung enthält eine

[1]) Kuhlenbeck a. a. O. Anm. 1 zu § 776 B. G. B.

neue Bürgschaftserklärung, die nach § 766 B. G. B. der schriftlichen Form bedarf.

Planck rechnet auch den § 777 B. G. B. zu denjenigen Bestimmungen, aus denen sich eine beschränkte Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen ergebe.[1]) Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Die Bestimmungen des § 777 B. G. B. gelten nur für den Fall, daß sich der Bürge für eine bestehende Verbindlichkeit auf bestimmte Zeit verbürgt hat. Sie beruhen auf einem Beschluß der II. Kommission. Hierbei wurde davon ausgegangen, daß die zeitlich beschränkte Bürgschaft dem Gläubiger ermöglichen solle, dem Hauptschuldner während der bestimmten Zeit Credit zu gewähren.[2]) Daher erlischt die Haftung des Bürgen nicht unmittelbar mit dem Ablauf der Zeit, vielmehr ist der Gläubiger lediglich verpflichtet, nach Ablauf der Zeit unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1 Satz 1 B. G. B.) den Hauptschuldner gemäß § 772 B. G. B. in Anspruch zu nehmen, (also ev. durch Kündigung die Fälligkeit der Forderung herbeizuführen), das Verfahren ohne wesentliche Verzögerung fortzusetzen und nach dessen Beendigung ohne schuldhaftes Zögern dem Bürgen anzuzeigen, daß seine Haftung in Anspruch genommen werde.[3]) Verstößt der Gläubiger gegen diese Vorschrift, so ist der Bürge frei. Bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft, also in den Fällen, in denen dem Bürgen die Einrede der Vorausklage nicht zusteht, fällt das durch die letztere bedingte Beitreibungsverfahren natürlich fort und nur die Pflicht des Gläubigers zur unverzüglichen Anzeige bleibt. Bei rechtzeitiger Anzeige dauert die Haftung des Bürgen fort. Der Grund der Bestimmungen des § 777 B. G. B. ist demnach in der Sicherung des Gläubigers und nicht derjenigen des Bürgen gegen den Gläubiger zu suchen. Es fehlt also das wesentliche Merkmal der Diligenzpflicht.

[1]) Planck Kom. Anm. 1 zu § 776 B. G. B.

[2]) P. II 483 ff. VI 198.

[3]) Staudinger Anm. 2 zu § 777 B. G. B., Oertmann Bem. 1 zu § 777 B. G. B., Weyl, Verschuldungsbegriffe S. 25.

Der § 776 B. G. B. trifft, wie gesagt, nur für einzelne bestimmte Fälle Vorsorge zum Schutze des Bürgen gegen willkürliche Verschlechterung seiner Stellung durch den Gläubiger. Es fragt sich, ob es angängig ist, den § 776 als den Ausdruck eines allgemeinen Prinzips aufzufassen oder nicht. Mit anderen Worten: Hat das B. G. B. in Uebereinstimmung mit der Rechtsentwicklung und anderen Codifikationen ebenfalls eine allgemeine Diligenzpflicht angenommen oder hat es den Gläubiger von jeder sonstigen Sorgfaltspflicht entbunden, so daß er mit seiner Forderung willkürlich umgehen kann? Aus dem Mangel einer ausdrücklichen Bestimmung läßt sich letzteres nicht schlechthin entnehmen und die gegenteilige Ansicht der Motive II. Seite 778: „Der Gläubiger erlangt an sich nur Rechte, ohne Verpflichtungen zu übernehmen; es kann schon hiernach von einer wirklichen Diligenzpflicht nicht die Rede sein; gemäß dem Wesen und juristischen Begriffe der Bürgschaft läßt sich auch nicht behaupten, daß die Rechte des Gläubigers von einem gewissen Verhalten desselben abhängen und ihm mindestens zur Bewahrung seiner Rechte eine bestimmte Diligenzpflicht von größerem oder geringerem Umfang obliegt," ist kein genügender Grund, um einen Satz, der sich aus dem Gesetze ableiten läßt und von ihm nicht ausgeschlossen ist, abzulehnen.

Die Ansichten über die Frage der allgemeinen Diligenzpflicht sind geteilt.

Die herrschende Meinung teilt die Auffassung der Motive. Das Reichsgericht hat sich im Band 65 S. 136 folgendermaßen geäußert: Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch hat in bewußtem Gegensatz zu andern Gesetzgebungen und zur vorherrschenden gemeinrechtlichen Lehre eine Diligenzpflicht des Gläubigers beim Vorgehen gegen den Hauptschuldner auf die Interessen des Bürgen Rücksicht zu nehmen, grundsätzlich nicht anerkannt. Die meisten Kommentatoren des B. G. B. begründen diese Ansicht in Uebereinstimmung mit dem Reichsgericht damit, daß das Recht beim Bürgschaftsvertrag allein bei dem Gläubiger, die Pflicht allein bei dem Schuldner ruht, nur der Bürge

müsse leisten und habe seinerseits auf irgendwelche Gegenleistung keinen Anspruch. Dieser durchaus einseitige Charakter der Bürgschaft würde verwischt werden, wenn man den Gläubiger dem Bürgen gegenüber die Verbindlichkeit zur Erhaltung seines Anspruchs auferlegen würde. Das Geschäft wäre dann von Anfang an ein zweiseitiges; beide Kontrahenten wären berechtigt und das Recht beider wäre durch die Pflicht bedingt.

Eine andere Meinung bejaht die Diligenzpflicht des Gläubigers schlechthin.[1]) Ihm schließen sich Seifferth und Pulvermann an.[2]) Durch den Bürgschaftsvertrag entstehe zwar keine substantielle Gegenseitigkeitsverbindlichkeit; doch könne dieser Umstand für die Beurteilung des rechtlichen Verhältnisses zwischen Gläubiger uud Bürgen schon deshalb nicht von Bedeutung sein, weil das B. G. B. in dieser Beziehung und in dem Begriffsinhalt der Bürgschaft von denjenigen Codificationen, die eine Diligenzpflicht des Gläubigers bestimmen, nicht abweiche. Auch der Bürgschaftsvertrag werde durch das an die Spitze des Rechts der Schuldverhältnisse gestellte Prinzip der bona fides beherrscht. Danach dürfe der Gläubiger die dem Bürgen gesetzlich zustehenden Rechte nicht schädigen, sondern sei für jede culpa in exigendo haftbar zu machen.

Eine dritte Meinung, insbesondere von Staudinger, Crome, Lichtlen, Scherer, Kuhlenbeck, Weyl uud Neumann vertreten, nimmt einen vermittelnden Standpunkt ein. Nach ihr ist der § 776 seiner Entstehungsgeschichte nach eine Ausnahmebestimmung, es lasse sich im Gesetz kein einziger Anhaltspunkt dafür finden, daß er in ähnlichen Fällen, in denen der Gläubiger die Lage des Bürgen verschlechtert, analog anzuwenden sei, vielmehr lasse sich aus ihm ein argumentum e contrario entnehmen, daß der Bürge in allen anderen Fällen nicht frei werde. Aber sie verkennt doch nicht, daß der Gläubiger mit seiner

[1]) Vergl. Markus: Der Anspruch des Bürgen auf Diligenz des Gläubigers gegenüber dem Hauptschuldner nach dem B. G. B. im Recht 1902 S. 456. Ebenso Sokolowski a. a. O R. 127.

[2]) Seifferth a. a. O. 12, Pulvermann S. 38 ff.

Forderung nicht willkürlich verfahren dürfe, vielmehr hält auch sie das Prinzip von Treu und Glauben auf den Bürgschaftsvertrag für anwendbar. Sie lehnt also nur die Haftung des Gläubigers für jede culpa in exingendo ab[1]).

Ich halte die zweite Meinung, nach der dem Gläubiger im B. G. B. eine Diligenzpflicht grundsätzlich obliegt, für richtig aus folgenden Gründen: Zweifellos und unbestritten besteht nach der Vorschrift des B. G. B. eine unmittelbar auf dem Gesetz beruhende Pflicht des Gläubigers, die Nebenrechte, die er vor oder nach Uebernahme der Bürgschaft erworben hat, zu erhalten. Kommt der Gläubiger seiner Pflicht nicht nach, so wird der Bürge in soweit frei, als er aus dem aufgegebenen Rechte nach § 774 B. G. B. hätte Ersatz verlangen können. Dies gilt, obwohl dadurch die Interessen des Bürgen nicht unter allen Umständen unmittelbar berührt werden, denn eine Verletzung dieser Interessen liegt in dem Aufgeben eines Nebenrechts erst dann, wenn in der Folgezeit eine Befriedigung durch den Hauptschuldner nicht zu erlangen ist. Das braucht aber keineswegs immer der Fall zu sein. Auch wenn der Gläubiger ein Nebenrecht aufgegeben hat, kann der Hauptschuldner immer noch und zwar ebenso rechtzeitig und ebenso vollständig erfüllen, wie er hätte erfüllen können, wenn das sichernde Nebenrecht bestehen geblieben wäre. Die Forderung des Gläubigers gegenüber dem Bürgen bleibt trotz dieser dem Aufgeben von Nebenrechten noch vorhandenen Möglichkeit voller Befriedigung bestehen. Wird nun trotzdem durch das die Interessen des Bürgen möglicher Weise zwar nicht schädigende Aufgeben von Nebenrechten von Seiten des Gläubigers der Bürge nach dem Gesetze von seiner Verbindlichkeit frei, so entspricht es dem Geist des Gesetzes, daß er erst recht frei wird, wenn der Gläubiger durch sein Verhalten sich jede Aussicht auf Befriedigung durch den Hauptschuldner entzieht und dadurch den Bürgen schädigt.

[1]) Kaufmann a. a. O. Seite 38, der hauptsächlich mit der exceptio doli generalis operiert.

Der dem § 776 zu Grunde liegende Gedanke ist, wenn er auch nur in einzelnen Richtungen ausgeprägt ist, doch der, daß der Gläubiger durch sein Verhalten die Stellung des Bürgen nicht verschlechtern darf.

Es ist zwar der herrschenden Meinung zugegeben, daß durch den Bürgschaftsvertrag eine substantielle Gegenseitigkeitsverbindlichkeit nicht erzeugt wird: Substantiell ist lediglich der Gläubiger berechtigt. Und doch findet auch auf den Bürgschaftsvertrag das Prinzip von Treu und Glauben Anwendung[1]). Nach § 157 B. G. B. sind Verträge so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Von noch größerer Bedeutung ist es, wenn auch der § 242 B. G. B. auf die rechtlichen Beziehungen zwischen Gläubiger uud Bürgen Anwendung finden könnte. § 157 B. G. B. handelt nur von der Auslegung des Inhalts aller Verträge, während § 242 B. G. B. die für uns viel wichtigere Art der Erfüllung beim Schuldverhältnis zum Gegenstand hat.[2]) Für die Ansicht, der § 242 B. G. B. treffe bei dem einseitigen Bürgschaftsvertrag auf den Gläubiger nicht zu, weil der Gläubiger nach diesem nur berechtigt, nicht verpflichtet sei — er setze vielmehr für die Person, auf welche er in Anwendung kommen solle, die Verpflichtung zu einer Leistung voraus, — kann man sich allein auf die Worte des Paragraphen stützen, die allerdings nur sagen, daß der Schuldner verpflichtet sei, die ihm o b l i e g e n d e L e i s t u n g nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu bewirken.[3]) Hiernach wäre der Bürge nur dann geschützt, wenn der Gläubiger eine unerlaubte Handlung begeht und ihn dadurch schädigt. Dies wäre aber ein nur sehr geringer Schutz, da die Voraussetzungen des allein in Betracht kommenden § 826 B. G. B. nur selten vorliegen.

[1]) Markus a. a O, S 456 ff.

[2]) Meisner a. a. O. zu § 242 B. G. B.

[3]) So Oertmannn a. a. O. Anm. 3 zu § 776. Planck Anm. 1 zu § 776, Staub H. G. B. 2 S. 1075, Schneider a. a. O. S. 226 und Archiv für Bürgerl. Recht Bd. 25 S. 309.

Dieser Auffassung über die Anwendung des § 242 B. G. B. kann aber nicht beigetreten werden.

Es ist zunächst nur richtig, daß dem Schuldner durch den § 242 B. G. B. eine substantielle Verbindlichkeit nicht auferlegt wird. Auf der andern Seite schafft aber der § 242 B. G. B. für den Schuldner eine unsubstantielle Verbindlichkeit, denn dieser wird verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.[1]) Sollte nun aber der Gläubiger bei Ausübung der ihm an und für sich zustehenden Rechte nicht zu einem entsprechenden Verhalten verpflichtet sein?

Der § 242 B. G. B. beantwortet diese Frage. Nach § 242 B. G. B. muß der Schuldner so leisten, wie Treu und Glaube es gebieten, aber er braucht auch nur nach ihrem Gebot zu leisten. Wenn also der Gläubiger vom Schuldner in einer gegen dies Prinzip verstoßenden Weise fordert, dann ist der Schuldner zu seiner Leistung nicht verpflichtet. Daraus ergibt sich also, daß dieselbe unsubstantielle Verbindlichkeit, die dem Schuldner auferlegt ist, auch den Gläubiger trifft und daß auch der Gläubiger, dem nur Rechte zustehen, insofern verpflichtet ist, als er bei deren Ausübung nicht gegen die Forderungen von Treu und Glauben verstoßen und dadurch den Bürgen schädigen darf.[2]) Bei dieser Auffassung dürfte wohl nichts im Wege stehen, den § 242 B. G. B. auch ohne die Existenz einer substantiellen Gegenseitigkeitsverbindlichkeit auf das Verhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen anzuwenden. Die Beziehungen zwischen Gläubiger und Bürgen legen also jenem die Verpflichtung auf, sich aller Mittel zu bedienen, durch welche er Befriedigung vom Hauptschuldner zu erlangen imstande ist. Die bona fides[3]) ver-

[1]) Kramer a. a. O. S. 27, Seyfferth a. a. O. S 70.

[2]) Fischer-Henle a. a. O. zu § 242 B. G. B. Cosack a. a. O. I. S. 315.

[3]) § 242 B. G. B.

langt dies von ihm; diese ist das Band, durch das Gläubiger und Bürgen verknüpft werden.[1])

Man hat schon häufig darauf hingewiesen, daß die Statuierung einer Diligenzpflicht unnötig sei, da der Bürge immer die Möglichkeit habe, sich vor Schaden zu bewahren, indem er seinerseits den Gläubiger befriedigt, um dann auf Grund des § 774 B. G. B. gegen den Hauptschuldner vorzugehen.[2]) Dieser Ausweg wird ein schwacher Trost für den Bürgen sein. Wenn man erwägt, daß es im Allgemeinen Rücksichten, freundschaftlicher, verwandtschaftlicher und geschäftlicher Art sind, die jemanden bewegen, für einen Dritten die Bürgschaft zu übernehmen, so wird man ohne Weiteres zugestehen, daß der Bürge es lieber dem Gläubiger überläßt, klagend gegen den Hauptschuldner vorzugehen. Aber selbst wenn derartige Rücksichten nicht in Betracht kommen, wird dieser Weg schwerlich immer gangbar sein. Die Stellung des Bürgen ist eine ganz andere wie die des Hauptschuldners. Der letztere weiß, daß er bei Fälligkeit seiner Verpflichtung den Gläubiger befriedigen muß. Dagegen ist der Bürge nicht immer, man kann, wie wir bereits oben erwähnt haben, ruhig sagen, kaum jemals darauf gefaßt, vom Gläubiger auch tatsächlich in Anspruch genommen zu werden.[3])

[1]) a. A. für das römische Recht ist Geib a. a. O. S. 180, der sagt: Die bona fides vermag eine vorhandene Obligation zu erweitern, zu steigern, zu vertiefen, aber sie kann nicht für jemanden, der zu gar nichts verpflichtet ist, eine Obligation neu erzeugen. Ebenso Bechmann, Kauf Bd. I S. 629 in und zu Anm. 3. Wie hier Markus a. a. O. S. 456 ff.. Karlowa römische Rechtsgeschichte Bd. II S 682.

[2]) Mot. II S. 679. R. G. E. Bd. 65 S. 396, Rechl 8 S. 899.

[3]) Dieselbe Auffassung bezügl. des rechtlichen Verhältnisses zwischen Gläubiger und Bürgen finden wir für den Code civil. Der Sprecher des Tribunals Lahari sprach sich in der Sitzung des gesetzgebenden Körpers vom 24. Februar 1804 zu Artikel 2037 Code civil folgendermassen aus: Ohne Zweifel hat der Bürge alles zu unterlassen, was die Sicherheit der Schuld beeinträchtigen könnte. Aber auch der Gläubiger hat alles zu unterlassen, was dem Bürgen die Mittel entziehen könnte, für seine Bürgschaft schadlos gehalten zu werden Um diese Pflicht der Gegenseitigkeit zu wahren, befreit der Gesetzentwurf den

F. Der Inhalt der Diligenzpflicht.

Wir haben oben angeführt, daß durch eine übergroße Rücksichtnahme auf den Bürgen der Zweck der Bürgschaft, die Förderung und Hebung des Credits, gefährdet würde. Hiervon gehen auch die Motive aus, wenn sie sagen, daß der Wert der Bürgschaft durch die Imputierung solcher Diligenzpflicht beträchtlich herabgedrückt und in der Praxis zahlreiche Streitigkeiten hervorgerufen würden. Eine bestimmte Abgrenzung der allgemeinen Verpflichtung wäre doch nicht angängig, weil stets solche praktische Bedenken damit verknüpft blieben. Es ist nun nicht zu bestreiten, daß eine derartige Gefahr durch die Imputierung einer Diligenzpflicht nahegerückt ist. Man muß jedoch bedenken, daß der Umfang der Diligenzpflicht im Gesetze positiv nicht bestimmt ist und daß hier, wie überall sonst, die Billigkeit eine notwendige Ergänzung des Rechts sein muß.[1]) Es wird bei grundsätzlicher Bejahung der Diligenzpflicht Sache des Richters sein, zu entscheiden, ob der Gläubiger durch eine Handlung oder Unterlassung die Interessen des Bürgen verletzt hat. Wenn er dabei das berechtigte Interesse beider Parteien berücksichtigt, so ist damit auch die Gefahr beseitigt, die durch eine prinzipielle Bejahung der Diligenzpflicht für das Institut der Bürgschaft besteht.

Wir werden in Folgendem bei Prüfung des Inhalts der dem Gläubiger im Interesse des Bürgen obliegenden Verpflichtungen untersuchen: Was muß der Gläubiger tun und was muß er unterlassen, um seiner Verpflichtung Genüge zu leisten, bezw. ihr nicht zuwider zu handeln.

Die Erörterung beginnt mit dem Tun des Gläubigers.

Bürgen von seiner Verbindlichkeit, wenn die Einsetzung des Bürgen in die Rechte des Gläubigers infolge einer Handlung des Letzteren nicht bewirkt werden kann. (Vergl. Locré Législation civil crim. et commerce de la France, Paris Treuttel & Würtz, 1823 bis 1832 Bd. 15 S. 330 Nr. 23.

[1]) Beneke, Grundlage der Sittenlehre I. S. 71

a. Das Tun des Gläubigers.

Der Gläubiger hat das Hindernis, durch das es dem Bürgen unmöglich wird, sich von seiner Haftung zu befreien, selbst geschaffen, indem er dem Hauptschuldner eine Stundung gewährt, oder eine Nachfrist gesetzt hat. Gehören diese positiven Handlungen zu den die Befreiung des Bürgen bewirkenden Willenserklärungen?

Dem Unterschied zwischen einer Stundung d. h. dem Vertrag, durch welchen die Fälligkeit einer Forderung hinausgeschoben wird, und dem Setzen einer Nachfrist, d. h. Gewährung des Rechts eine bestimmte Zeit nach Verfallfrist die Leistung zu bewirken, ist für die nachstehende Erörterung eine Bedeutung nicht beizumessen.

Die Bejahung der obigen Frage, ob der Bürge durch ein derartiges Rechtsgeschäft befreit werde, hat man wohl damit zu begründen gesucht, daß der Bürge die Haftung aus derartigen nachträglich abgeschlossenen Rechtsgeschäften deshalb ablehnen könne, weil er in diesem Falle bei einer innerhalb der gewährten Frist eintretenden Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners um die ihm zustehende Einrede der Vorausklage gebracht würde.[1]) Wir halten dies für zu weit gehend. Man kann wohl nicht behaupten, daß die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners, welcher den unmittelbaren Grund für den Ausschluß der Einrede der Vorausklage bildet, ihren Grund in dem Stundungsvertrag habe. Mithin bildet die Stundung auch nicht den mittelbaren Grund für den Verlust dieser Einrede.[2])

Die Frage ist auch schon bejaht worden mit der Begründung, daß der Bürge berechtigt sein müsse, seiner Haftung ein Ziel zu setzen. Dieses Recht werde ihm durch eine derartige Rechtshandlung geschmälert und damit werde seine Verbindlichkeit erweitert. Wenn er den Gläubiger befriedige, so gehe dessen Forderung auf ihn über; nach einer Stundung vonseiten des Gläubigers könne aber die

[1]) Oertmann, Bem. III, Abs. 3 zu § 467 B. G. B.
[2]) Herms a. a. O. S. 37.

Forderung nicht so, wie der Bürge es zu beanspruchen berechtigt sei, auf diesen übergehen, da der Hauptschuldner die ihm vom Gläubiger erteilte Stundung auch dem Bürgen nach § 404 B. G. B. entgegen setzen könne.

Diese Ansicht ist nicht richtig. An sich ist die Bestimmung im § 776 B. G. B., wonach durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach Uebernahme der Bürgschaft vornimmt, die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert wird, auch auf einen nachträglich zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner abgeschlossenen Stundungsvertrag zu beziehen; denn für die Verpflichtung des Bürgen ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend. Wird diese durch Hinausschieben des Fälligkeitstermins geändert, so kommt das auch dem Bürgen zu gute, und die aus der Stundung dem Hauptschuldner erwachsene Einrede kann dem Bürgen nicht entzogen werden. Jedoch gilt dies nach der angezogenen Gesetzesvorschrift nur in so weit, als durch die Stundung die Verpflichtung des Schuldners gegenüber demjenigen Vertrag, für dessen Erfüllung die Bürgschaft geleistet wurde, erweitert werden, also die Lage des Bürgen verschlechtert oder der Inhalt der ihm nach dem Bürgschaftsvertrag obliegenden Pflichten zu seinem Nachteil geändert werden würde, wenn ihm die Erfüllung des Vertrags, wie dieser sich durch die Stundung gestaltet hat, angesonnen würde. Dagegen liegt kein zureichender Grund für die Annahme vor, daß der Bürge die Haftung für Leistungen, zu denen der Hauptschuldner auch nach dem von der Bürgschaft umfaßten Vertrag oder infolge von Verzug oder Verschuldung verpflichtet gewesen wäre, allein deshalb ablehnen dürfe, weil diese Verpflichtungen zum Gegenstand eines nachträglich zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner geschlossenen Vertrags gemacht worden sind, und infolgedessen die Leistungen nunmehr vom Hauptschuldner aus diesem späteren Vertrag geschuldet werden. Der Wortlaut der Bestimmungen in § 767 Abs. 1 B. G. B. spricht nicht für, sondern gegen eine solche Auffassung; auch die Entstehungsgeschichte jener Bestimmungen bietet

keinen Anhalt, und eben so wenig lassen sich für eine solche Annahme Gründe der Billigkeit oder Zweckmäßigkeit geltend machen.

Ob durch einen Stundungsvertrag die Verpflichtungen des Bürgen verschlechtert werden, wird nach den Umständen des einzelnen Falles zu entscheiden sein. Jedenfalls liegt aber kein Grund zur Annahme vor, als ob dies die Wirkung einer jeden Stundung sein müsse. Vielmehr kann im Gegenteil dadurch eine Erleichterung der Verpflichtungen des Bürgen eintreten, wenn der Gläubiger bei einer vorübergehenden Verlegenheit — z. B. infolge allgemeiner wirtschaftlicher Krisen oder geschäftlichen Stockungen infolge von Kriegsgefahr oder politischen Unruhen — und bei begründeter Aussicht auf eine baldige Besserung in den Verhältnissen des Hauptschuldners gegen diesen nicht vorging, um dadurch seinen völligen Zusammenbruch zu verhüten. In einem solchen Fall kann man in der Handlung des Gläubigers eher eine Sorgfalt als eine Nachlässigkeit gegenüber dem Bürgen erblicken, da er ja berechtigt war, bei Kenntnis der Zahlungunfähigkeit des Hauptschuldners sich sofort an den Bürgen zu halten.[1]) Aendern sich dann die Verhältnisse des Hauptschuldners wider Erwarten nicht, so kann sich nun der Bürge nicht auf Nachlässigkeit des Gläubigers berufen. Wenn dagegen, wie Vangerow sagt[2]), die Umstände so sind, daß der Schuldner zwar wohl z. Zt. des anfänglich festgesetzten Zahlungstermins noch zahlungsfähig war, man aber seinen Vermögensverfall vorhersehen konnte, sodaß eine weitere Fristgestattung nicht als eine unverfängliche Milde, sondern als schuldvoller Leichtsinn erscheint, als eine wahre neglegentia in exigendo, dann muß dies Verhalten des Gläubigers als ein Befreiungsgrund des Bürgen angesehen werden.[3]) Lag bereits eine Tatsache vor, die dem Gläubiger das Recht gab, sofort gegen den Bürgen vorzugehen, z. B. der Fall des § 773 Ziff. 4 B. G. B.,

[1]) § 773 Ziff. 4 B. G. B.
[2]) Pand. § 578 Anm. 4.
[3]) Vergl. Seuff. Arch. Bd. 36 S. 40, Bd. 39 S. 12.

d. h. notorische Insolvenz des Schuldners, so kann andererseits ein nachträglich eingegangener Stundungsvertrag den Bürgen nichts mehr nützen. Ein solcher Vertrag des Gläubigers mit dem zahlungsunfähigen Schuldner wäre rechtlich bedeutungslos.

In der Kommission für die zweite Lesung des Bürg. Gesetzbuches wurde in dem oben erwähnten Sinne die Beifügung einer Bestimmung des Inhalts beantragt, daß der Gläubiger, der dem Hauptschuldner nach geleisteter Bürgschaft eine der Geltendmachung der auf den Bürgen übergegangenen Ansprüche entgegenstehende Nachfrist gewährt, dem Bürgen für den daraus entstehenden Schaden haften solle. Man hat diesen Antrag abgelehnt, weil hierdurch in übermäßiger Rücksicht auf den Bürgen das Recht des Gläubigers zum Schaden des Hauptschuldners in einer mit dem Zwecke der Bürgschaft unvereinbaren Weise abgeschwächt würde. Eine derartige Bestimmung war auch aus andern Gründen nicht erforderlich. Ist der Gläubiger kraft Gesetzes verpflichtet, dem Hauptschuldner eine Nachfrist zu setzen, so kann das naturgemäß keine Nachteile für ihn zur Folge haben. Ist das nicht der Fall, so kann ihm aus dem Setzen einer Nachfrist auch kein Vorwurf gemacht werden. Denn wenn auch ein späterer Angriff auf den Schuldner erfolglos bleibt, kann sich der Bürge nicht darauf berufen, daß früher einmal ein Zustand existiert hat, während dessen Befriedigung vom Hauptschuldner zu erlangen war. Dies kann dem Gläubiger nur dann zum Nachteil gereichen, wenn er es schuldvoll unterlassen hat, jenen Augenblick zu benützen. Die gegenteilige Ansicht würde zu der unhaltbaren Consequenz führen, daß jeder Gläubiger in dem Moment, in dem er Befriedigung erlangen kann, auch verpflichtet ist, sich sofort Befriedigung zu verschaffen.

Aus dem Setzen einer Nachfrist wird der Bürge nur dann Rechte für sich ableiten können, wenn er zu beweisen imstande ist, daß der Gläubiger bei vernünftiger Ueberlegung hätte erkennen müssen, daß durch seine Handlung

die Realisierbarkeit seines Anspruchs gegen den Hauptschuldner gefährdet werde.

Nach den eben erörterten Grundsätzen ist auch die Bewilligung von Ratenzahlungen vonseiten des Gläubigers gegenüber dem Hauptschuldner zu beurteilen.[1])

Was endlich den Beitritt zu einem Nachlaß oder Zwangsvergleich im Konkurse des Hauptschuldners betrifft, so kann dies nicht als eine Aufgabe von Rechten im Sinne des § 776 betrachtet werden und den Rückgriff des Gläubigers gegen den Bürgen schlechthin ausschließen. Allerdings büßt ein Gläubiger im normalen Falle des Zwangsvergleichs endgültig etwas von seinem Guthaben ein. Allein dieser Teil seiner Forderung wäre regelmäßig in absehbarer Zeit doch nicht realisierbar. Nach der Natur der Sache ist es der bei der Konkurseröffnung bereits vorhandene, vom Willen des Gläubigers unabhängige Umstand der Vermögensunzulänglichkeit des Hauptschuldners, wodurch ersterer in die Lage versetzt ist, einen Teil seiner Forderung aufgeben zu müssen, und durch eben diesen Umstand ist dann für den Bürgen der Fall eingetreten, für den Hauptschuldner einstehen zu müssen. Bei einer derartigen Vereinbarung über die Verwertung und Verteilung der Masse, ist der Gläubiger in der Regel von der Absicht geleitet, den schon durch den Stand des Massevermögens bedingten Verlust nicht noch durch die Kosten eines langen Verfahrens zu vergrössern, was mittelbar auch dem Bürgen zum Vorteil gereicht. Die Zweckmäßigkeit des Zwangsvergleichs liegt mithin auf der Hand.

Es kann daher aus dem Beitritt des Gläubigers zu einer solchen Vereinbarung nicht ohne weiteres die Aufhebung der Verbindlichkeit des Bürgen abgeleitet werden; es müßte vielmehr bewiesen werden, daß jene Vereinbarung in einer Art getroffen worden sei, wodurch den

[1]) Ebenso Seuff. Arch. Bd. 39 S 12 für das gemeinsame Recht; a a. für das preuss. Landrecht R. G. E. vom 12 Dezember 1901 J. W. von 1902. S. 151 Nr 201.

gemeinsamen Interessen zuwider gehandelt und das vorhandene Recht preisgegeben worden sei.[1])

b. Das Unterlassen des Gläubigers.

Kann der Bürge verlangen, daß der Gläubiger unverzüglich gegen den Hauptschuldner vorgeht, wenn in dessen Vermögensverhältnissen eine Verschlechterung eintritt ?[2])

Wollte man diese Frage bejahen, so würden hierdurch dem Gläubiger viel weitergehende Verpflichtungen auferlegt, als die im vorigen Abschnitt erwähnten. Dort wird die Verpflichtung des Gläubigers, die Interessen des Bürgen zu wahren, verletzt durch positives Tun, durch selbstgeschaffene Hindernisse der Befriedigung durch den Hauptschuldner, hier hingegen handelt es sich um die Untätigkeit des Gläubigers. Dies Verhalten ist nicht nur innerlich weniger rechtswidrig, sondern auch weniger gefahrdrohend für die Interessen des Bürgen; denn es vernichtet seinen Anspruch gegen den Hauptschuldner nicht, er duldet vielmehr nur, daß Umstände, nämlich die Zahlungsunfähigkeit, eintreten, die ihn trotz Bestehens zu einem nicht realisierbaren machen können.[3])

Daß der Gläubiger nicht ohne Weiteres bei Veränderungen des Schuldners verpflichtet ist gegen denselben vorzugehen, ergiebt sich uns nicht, wie der herrschenden Ansicht, aus dem Leugnen jeder Diligenspflicht, sie ist vielmehr mit denselben wohl vereinbar.

[1]) Mot. zur K. O. II S. 293, R. G. E. Bd. 8 S. 290, Juristische Zeitschrift für Elsass-Lothr., herausgegeben von Puchelt und Duy, Band 8 S. 1, Oberhofgerichtl. Jahrbücher neue Folge Bd. 12 S. 140.

[2]) R. G. E. Band 8 S. 290 und S. 266, J. W. von 1882 S. 277 Nr. 31, Bad. Ann. Bd. 37 S. 232: Die nicht rechtzeitige Betreibung des Hauptschuldners befreit den Bürgen in der Regel nicht und namentlich dann nicht, wenn dem Bürgen hierdurch kein Schaden erwachsen ist, oder ihn eigenes Verschulden trifft.

[3]) Hasenbalg a. a. O. Seite 557.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Bürgschaft mit Rücksicht auf die künftigen, zwischen Gläubiger und Schuldner eintretenden Verhältnisse abgeschlossen wird. Die Verpflichtung, gegen den Schuldner vorzugehen, ist naturgemäß nicht sofort vom Eingang der Bürgschaft an vorhanden. Der Gläubiger will sich ja gerade gegen die Gefahr schützen, die jedes Creditieren mit sich bringt. Die Verpflichtung ist auch nicht schon dadurch zum Entstehen gebracht, daß der Schuldner seiner Verbindlichkeit nicht rechtzeitig nachkommt. Die obwaltenden Umstände können recht wohl solche sein, daß noch lange nicht für die Sicherheit der Forderung zu fürchten ist, abgesehen davon, daß dies nicht mit dem Grundsatz der Befugnis zur Fristerteilung zu vereinbaren wäre. Die Verhältnisse des Hauptschuldners müssen sich vielmehr derart verändern, daß es mit der Pflicht des Gläubigers zur Wahrung der Interessen des Bürgen nicht vereinbar wäre, weiterhin untätig zu sein, daß er, wie es im Liv-Est- und Kulturländischen Privatrecht heißt, sich eine Verzögerung zuschulden kommen läßt, die unter den besonderen Verhältnissen als unverzeihlich erscheint.

Diese Sachlage wird dann eingetreten sein, wenn sich der Gläubiger bei Berücksichtigung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt und bei verständiger Würdigung des Falles sagen muß: Durch weiteres passives Verhalten wird eine Realisierbarkeit des mir gegen den Hauptschuldner zustehenden Anspruchs unmöglich sein. Ein Gläubiger, der dann noch zögern würde, gegen den Hauptschuldner vorzugehen, hätte sich selbst seines Anspruchs beraubt und hätte kein Recht, sich an den Bürgen zu halten.

Als Beispiel mag folgender bei dem Gr. Laudgericht Karlsruhe anhängige und durch Vergleich erledigte Rechtsfall dienen:

Die Gewerbebank B. hatte dem Weinhändler N. im Jahre 1903 einen Credit in laufender Rechnung von Mark 50,000.— eröffnet. Der Schwager des N., der Fabrikant F., hatte der Gewerbebank gegenüber die selbstschuld-

nerische Bürgschaft übernommen. Im Jahre 1906 wandte sich der Bürge an die Gewerbebank mit der Aufforderung, seinem Schwager N. den Credit sofort zu kündigen. (Zwischen Gläubiger und Hauptschuldner war eine dreimonatliche Kündigungsfrist festgesetzt worden). Er begründete dies damit, daß N. einen liederlichen Lebenswandel führe und sein Geschäft vollständig vernachlässige. Er bezeichnete der Gewerbebank bestimmte Tatsachen, die die Gewerbebank auf ihre Richtigkeit zu prüfen imstande war und aus denen sich unzweifelhaft ergab, daß die Insolvenz des Weinhändlers N. nur noch eine Frage der Zeit sein mußte. Trotzdem weigerte sich die Gewerbebank, dem Schuldner den Credit zu kündigen. 15 Monate nach der ersten Aufforderung des Bürgen an die Gläubigerin geriet der Hauptschuldner in Konkurs. Die Gewerbebank wandte sich wegen ihres Ausfalles an den Fabrikanten F. Dieser verweigerte die Zahlung mit der Begründung, daß die Gewerbebank bei rechtzeitiger Kündigung ihr Guthaben von ihrem Schuldner hätte erlangen können. Das Verhalten der Gewerbebank verstoße gegen die guten Sitten.[1])

Nach den obigen Ausführungen hätte die Klage der Gewerbebank abgewiesen werden müssen. Ob hier auch die Voraussetzungen des § 826 B. G. B. gegeben sind, kann dahingestellt bleiben. . . .

Natürlich muß der Nachteil gerade in dem Unterlassen des Gläubigers seinen Grund haben. Denn wenn der Gläubiger auch bei rechtzeitiger Inanspruchnahme des Hauptschuldners nicht im Stande gewesen wäre, Befriedigung vom Hauptschuldner zu erlangen, ist sein Unterlassen nicht eine den Nachteil herbeiführende schuldhafte Verletzung der Diligenzpflicht. Trotz der Aufforderung des Bürgen, die Schuld beizutreiben, kann das Unterlassen dann nicht als Nachlässigkeit betrachtet werden, wenn nach der redlichen und nach Sachlage nicht gerade völlig unbegründeten Ueberzeugung des Gläubigers die Mahnung

[1]) § 826 B. G. B.

des Bürgen unbegründet erſcheint, oder wenn zur Zeit der Mahnung der Schuldner sich bereits in offenkundiger Insolvenz befand.

Die Pflicht zur Beitreibung der Hauptſchuld obliegt dem Gläubiger auch bei der selbstſchuldneriſchen Bürgſchaft. Die Ansicht, daß der Bürge durch seinen Verzicht auf die Einrede der Vorausklage sein Einverständnis damit erklärt habe, daß der Gläubiger ohne vorherige Inanspruchnahme des Hauptſchuldners von ihm Zahlung verlangen könne, und daß er auch unter besonderen Umständen nicht gegen den Schuldner vorzugehen brauche, kann nicht als zutreffend anerkannt werden. Auch für die selbstſchuldneriſche Bürgſchaft trifft der vom Reichsgericht Band 8 Seite 266 ausgesprochene Satz zu, daß dem Gläubiger die Pflicht obliegt, „bei einer gewissen Qualifikation der konkreten Umstände, das ihm gegen den Hauptſchuldner zustehende Recht gegen letzteren aktiv betätigen zu müssen."

Nur insofern besteht zwiſchen der gewöhnlichen Bürgſchaft und der selbstſchuldneriſchen ein Unterſchied, als sich bei der letzteren der Bürge bei Verſchlechterung in den Vermögensverhältnissen des Hauptſchuldners damit wird begnügen müssen, daß ihm der Gläubiger von dem Vorhandensein derartiger Umstände Nachricht giebt.

Denn die Pflicht des Gläubigers, den Hauptſchuldner in Anspruch zu nehmen, hat ihren Grund darin, daß es dem Bürgen nicht unmöglich gemacht werden soll, Ersatz von Jenem zu erhalten. Dies Ziel wird bei der selbstſchuldneriſchen Bürgſchaft auch ſchon durch eine Benachrichtigung erreicht, da nun der Bürge den Gläubiger befriedigen und seinerseits beitreiben kann. Bei der gewöhnlichen Bürgſchaft ist eine solche Benachrichtigung kein hinreichender Schutz des Bürgen, denn der gewöhnliche Bürge hat sich sachlich nur für den Ausfall verbürgt und wird — wie ſchon oben bemerkt — nicht immer fähig und im Stande sein, den Gläubiger ohne Weiteres zu befriedigen, während der ſelbstſchuldneriſche Bürge, der eben auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat, ſchon

bei Eingehung der Bürgschaft hat daran denken müssen, daß er eventuell unter Uebergehung des Hauptschuldners für den ganzen Betrag, für den er sich verbürgt hat, in Anspruch genommen werden könne.

Sobald sich die Vermögensverhältnisse in besagter Weise verschlechtert haben, genügt eine bloße Mahnung durch den Gläubiger nicht: er muß vielmehr mit energischen Mitteln gegen den Schuldner vorgehen, da ein Zaudern unter solchen Umständen Gefahren mit sich bringt. Wenn manche, z. B. Staudinger, Planck, Oertmann zu § 776 auch in einem solchen Falle eine Verpflichtung des Gläubigers den Hauptschuldner in Anspruch zu nehmen, nicht anerkennen wollen, so ist dem entgegenzuhalten, daß dem Gläubiger bei solcher Lage die Benachteiligung des Bürgen durch sein Zaudern zum Bewußtsein kommt, und daß darin ein doloses Verhalten liegt. Ein auf Schädigung des Anderen gerichteter Wille ist dazu nicht erforderlich, sondern es genügt, wenn der Handelnde weiß, welche für einen Anderen nachteilige Folgen sich aus seinem Verhalten ergeben können, und wenn er trotzdem in einer sittlich nicht zu rechtfertigenden Weise bei diesem Verhalten beharrt. R. G. E. Band 56 Seite 78. Daran kann aber kein Zweifel sein, daß es bei solchen Umständen dem Gläubiger zum Bewußtsein kommt, daß sein Zaudern dem Bürgen nachteilig wird.

Damit der Bürge von seiner Haftung auch wirklich befreit wird, ist allerdings noch weiterhin erforderlich, daß die Unterlassung bezw. Verzögerung der Geltendmachung des Anspruchs gegen den Hauptschuldner auch tatsächlich eine Beeinträchtigung der Rechte des Bürgen zur Folge gehabt hat. Es muß mithin feststehen, daß wenn die Belangung des Schuldners rechtzeitig erfolgt wäre, der Bürge, wenn nicht vollständig, so doch vollständigere Befriedigung erlangt hätte, als er jetzt dazu imstande ist. Nur wenn der Nachteil und die Unterlassung in ursächlichem Zusammenhang stehen, kann sich der Bürge auf diese berufen; denn er ist nur dann benachteiligt, wenn bei rechtzeitiger Betreibung etwas zu erlangen gewesen

wäre.[1]) Natürlich darf auch vom Bürgen nicht selbst verschuldet sein, daß der Gläubiger die Geltendmachung des Anspruchs unterlassen hat.[2]) Dies wird immer dann der Fall sein, wenn der Bürge den Gläubiger auffordert, von der Betreibung abzulassen, da die Reallisierbarkeit der Forderung nicht gefährdet sei, während eine auf unbegründeter Annahme einer Gefährdung gestützte bloße Aufforderung, den Schuldner zu belangen, selbstverständlich den Gläubiger nicht verpflichtet.

Viel erörtert ist die Frage, ob der Gläubiger in seinem Verhältnis zum Bürgen verpflichtet ist, seine Forderung im Konkurse des Hauptschuldners anzumelden.[3])

Die Motive beantworten diese Frage verneinend, indem sie sagen: Besteht keine solche Diligenzpflicht, so kann aus diesem Grunde endlich auch für den Fall der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen oder den Nachlass des Hauptschuldners die Inanspruchnahme des Bürgen nicht von einem gewissen Verhalten des Gläubigers dem Bürgen gegenüber, insbesondere von einer Benachrichtigung desselben, seitens des Gläubigers, abhängig gemacht werden.

Gegen diese auch von Planck und Staudinger vertretene Ansicht scheint mir eine Reihe von Gründen zu sprechen. Giebt der Gläubiger eines der in § 776 B. G. B. genannten Nebenrechte auf, so wird der Bürge insoweit frei, als er aus dem aufgegebenen Rechte hätte Ersatz verlangen können. Was anderes aber tut ein Gläubiger, der es unterläßt, seine Forderung im Konkurs des Hauptschuldners anzumelden? Er geht der auf ihn entfallenden Konkursdividende verlustig und schädigt auf diese Weise den Bürgen; dieser wäre bei rechtzeitiger Anmeldung der

[1]) Hasenbalg a. a. O. S. 559.

[2]) Bad. Ann. Band 37 S. 232.

[3]) Vergl. Jäger in der Giesener Zeitschrift für Zivilrecht Band 5 S. 231 bis 238, Häusers Annalen Band 13 S. 141, Entscheidungen des Obertribunals zu Berlin Band 45 S. 132, Annalen des O. A. G. Dresden, Band 8 Neue Folgen S. 219.

Forderung infolge der gänzlichen oder teilweisen Befriedigung des Gläubigers nach dem Masse dieser Befriedigung frei geworden. Das Unterlassen hat dieselben Folgen, wie das positive Handeln und muß infolge dessen auch dieselben Rechtsfolgen nach sich ziehen.

Die herrschende Meinung nimmt nun an, daß das Aufgeben eines Rechts nur in einem positiven Tun bestehen könne, daß eine Betätigung des Willens das Recht aufzugeben, vorausgesetzt werden müsse. Das Reichsgericht hat in mehreren Entscheidungen ausgesprochen, daß unter der Aufgabe von Rechten, die nach § 776 B. G. B. den Rückgriff gegen den Bürgen ausschließen sollen, nur positive Handlungen (Willenserklärungen), die eine solche Aufgabe zur Folge haben, zu verstehen sind.[1]) In einer anderen Entscheidung hat es ebenfalls ausdrücklich darauf hingewiesen, daß der Gläubiger nicht gezwungen ist, eine positive Tätigkeit zu Gunsten des Bürgen zu entfalten, sondern nur eine positive Tätigkeit zu dessen Schaden zu unterlassen.

Hiernach würde es also nicht genügen, daß der Gläubiger das mit seiner Forderung verbundene Vorzugsrecht im Konkurse des Hauptschuldners nicht geltend macht, um den Tatbestand des § 776 B. G. B. zu erfüllen. Widerspricht in einem andern Falle der Gläubiger der Pfändung des Inventars eines Grundstücks, an dem ihm eine Hypothek bestellt ist, nicht, so würde der Bürge auf Grund des § 776 B. G. B. nicht frei werden, wenn er auch von der Pfändung weiß[2]). Dem ist entgegen zu halten, daß hier gar kein Grund vorliegt, von dem allgemeinen Grundsatz abzuweichen, daß eine Willenserklärung nicht nur ausdrücklich, sondern auch unter gewissen Umständen stillschweigend abgegeben werden kann. Unterläßt der Gläubiger die Geltendmachung einer Hypothek im Verteilungsverfahren in der Zwangsversteigerung der

[1]) R. G. E. vom 23. März 1907, J. W. 1907 S. 237, desgl. Recht Bd. 11 Nr. 2871; Schleswig-Holst. Anzeigen von 1907 S. 253, D. J. Z. von 1907 S. 713; R. G. E. Bd. 65 S. 396.

[2]) R. G. E. in J. W. 1907 S. 237

Hypothekobjekte, so ist dies Unterlassen als das Aufgeben eines Nebenrechts, als eine Verletzung der Vorschrift des § 776 B. G. B. zu betrachten.[1]) Läßt der Gläubiger es ruhig geschehen, wenn das ihm haftende Inventar gepfändet und versteigert wird, ohne sein Recht auf dasselbe geltend zu machen, so heißt das nichts anderes, als daß er auf sein Pfandrecht verzichtet. Sein passives Verhalten, das denselben wirtschaftlichen Erfolg hat, wie eine ausdrückliche Erklärung, kann nicht anders als diese bewertet werden.

Es ist nicht einzusehen, warum für die Nichtanmeldung im Konkurse über das Vermögen oder den Nachlass des Hauptschuldners etwas Anderes gelten sollte und der § 776 B. G. B. nicht Anwendung finden sollte.

Eine weitere praktisch wichtige Frage ist die: Ist der Gläubiger verpflichtet, dem Bürgen von einem gegen den Hauptschuldner eingeleiteten Zwangsversteigerungsverfahren Nachricht zu geben? Wir müssen zunächst die Frage aufwerfen, ob durch das Unterlassen der Benachrichtigung die Möglichkeit eintreten kann, daß die Interessen des Bürgen dadurch verletzt werden, daß der Gläubiger vom Hauptschuldner Befriedigung nicht erlangen und infolge dessen den Bürgen belangen kann. Diese Frage ist zu bejahen. Es ist wohl möglich, daß ein Gläubiger mit einer durchaus sicheren Hypothek, die Zwangsversteigerung betreibt, das Grundstück selbst gegen ein ganz niederes Gebot ersteht, und sich dann wegen des Ausfalles an den Bürgen hält, obwohl durch den Wert des von ihm erworbenen Grundstücks er mehr als gedeckt ist.[2]) In diesen Fällen erfordert es die Billigkeit, daß der Gläubiger den Bürgen von der Zwangsversteigerung benachrichtigt, damit dieser Gelegenheit habe, durch eigenes Mitbieten oder Herbeischaffung anderer Bieter, den Ausfall der Hypothek des Gläubigers zu verhindern.[3]) In

[1]) Ebenso Entsch. des Bayr. Oberst. Landg. B. 4 S. 786.
[2]) Vergleiche Prot. Band 2 S. 4509.
[3]) Vergl. R. G. E. Band 65 S. 134.

einem so gelagerten Fall würde es nach unserer Auffassung vom Wesen der Diligenz Pflicht des Gläubigers sein, den Bürgen zu benachrichtigen, während das Reichsgericht auf Grund der oben bekämpften Auslegung des § 776 B. G. B. und der des § 1166 B. G. B. zu einem anderen Resultat gelangt.

Auch in einem anderen Fall des Unterlassens, beim Annahmeverzug, ist unseres Erachtens dem Bürgen ein Schutz gewährt in der exceptio doli.[1]) Ein in der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B. G. B. dahingehender Antrag „wenn der Gläubiger die Annahme der ihm vom Hauptschuldner vertragsmäßig angebotenen Leistungen verweigert hat, oder wenn er sich . . . . . .“ wurde aus folgenden Gründen abgelehnt: Der Annahmeverzug erfolge keinesfalls in der Regel aus Chikane, sondern weil der Gläubiger im guten Glauben die Vertragsmäßigkeit der Leistung bestreite. Bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft könne der Gläubiger ein Interesse haben, die Leistung vom Bürgen zu fordern, um gegen diesen mit einer Schuld aufzurechnen. Es sei nicht einzusehen, weshalb der Bürge durch den Annahmeverzug befreit werden solle, während der Hauptschuldner nicht befreit wäre. Der Vorschlag enthalte eine Strafbestimmung, welche sich wohl rechtfertigen lasse, wenn in der Annahmeverweigerung ein doloses Verhalten des Gläubigers liege.

Nur mit der im letzten Satz vertretenen Meinung, wonach jedenfalls beim unentschuldbaren Annahmeverzug — an sich setzt der Gläubiger Verzug ein Verschulden nicht voraus — der Bürge das Recht haben soll, die Zahlung zu verweigern, stimme ich überein.

Das Argument, daß kein Grund vorhanden sei, warum der Bürge durch den Gläubigerverzug befreit werden solle, während der Hauptschuldner nicht befreit werde, ist darum zurückzuweisen, weil der Hauptschuldner für die von ihm zu bewirkende Leistung entweder eine

[1]) so auch Dernburg S. 360, an A. Blanck Anm. zu § 776.

Gegenleistung schon empfangen hat, oder noch empfangen wird, der Bürge aber für die von ihm übernommene Verpflichtung in der Regel nichts erhält, die Bürgschaft somit ein Akt der Wohltätigkeit ist.[1])

c. Ist der Gläubiger zur Ueberwachung des Hauptschuldners verpflichtet?

Die Antwort auf die Frage, ob der Bürge dadurch, daß der Gläubiger nicht in genügender Weise nachforscht, ob Umstände eingetreten sind, die ein sofortiges Vorgehen gegen den Hauptschuldner nötig machen, von seiner Verbindlichkeit frei wird, wenn sich nachträglich herausstellt, daß bei rechtzeitiger Kenntnis der Lage des Schuldners von diesem die Schuld hätte eingetrieben werden können, unterliegt, da der Inhalt der Diligenzpflicht im Gesetz nicht bestimmt, der Entscheidung des Richters. Man wird aber sagen können, daß die Diligenzpflicht vom Gläubiger in den meisten Fällen nicht verlangt, daß er jedes Mittel anwenden muß, um vom Hauptschuldner Befriedigung zu erlangen, daß er mithin auch zur andauernden Ueberwachung des Schuldners verpflichtet sein sollte.[2])

Gegen eine solche Verpflichtung sprechen auch praktische Rücksichten. Sie würde die Bürgschaft fast wertlos und unnötig machen, denn der Gläubiger will durch sie gerade gegen etwaige Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners gesichert sein: Wenn er aber fortwährend den Schuldner und dessen Verhältnisse überwachen müßte, so würde er eben rechtzeitig gegen den Schuldner vorgehen und bedürfte einer Sicherstellung nicht.

An sich kann daher der Gläubiger, solange er nicht von der schlechten Vermögenslage des Schuldners unterrichtet ist, gegenüber der Behauptung des Bürgen, daß er infolge des Verhaltens des Gläubigers zu einer Leis-

[1]) Locre a. a. O. S. 367 Nr. 16.
[2]) Mode a. a. O. S. 39.

tung nicht verpflichtet sei, darauf berufen, daß er „das Wachgewordensein der rechtlich zum Vorgehen gegen den Hauptschuldner notwendigen Voraussetzung“ nicht gekannt habe und es wäre Sache des Bürgen „die exceptionelle Notwendigkeit des Vorgehens gegen den Hauptschuldner und die Ursächlichkeit des vertretbar schuldhaften Verhaltens des Gläubigers für den den Umfang der arglisteinrede bestimmenden Nachteil klarzulegen.“[1])

Wäre hingegen der Gläubiger zur Ueberwachung des Hauptschuldners schlechthin verpflichtet, so könnte er den Einwand des Bürgen nur zurückweisen durch den Nachweis, daß seine Nichtkenntnis eine unverschuldete, auf von ihm nicht zu vertretende Umstände beruhende sei, eine den Gläubiger belastende Umkehr der Beweislast, die nicht gerechtfertigt erscheint.

Die Frage spielt eine besonders wichtige Rolle in dem Fall, wenn ein Dritter sich dem Kassenherrn für die etwaige Unregelmäßigkeiten eines Kassenbeamten verbürgt. Kann ein solcher Bürge Befreiung von seiner Haftung verlangen, wenn der Kassenherr jede Aufsicht und Kontrolle unterlassen hat und dadurch die Veruntreuung ermöglicht wurde?[2])

Angenommen, dass der Dritte sich für sämtliche Ansprüche verbürgt hat, die dem Kassenherrn gegen den Kassenbeamten zustehen, sei es, daß dieser aus der Kasse rechtswidrig entwendet, sei es, daß er das eingegangene nicht verbucht, bezw. unterschlägt, sei es, daß er Aussenstände nicht sorgfältig eintreibt: kann dann, wenn der Kassenbeamte sich eine Unregelmässigkeit solcher Art hat zu Schulden kommen lassen, der Bürge, sofern er zur Zahlung angehalten wird, die Haftung ablehnen unter Berufung darauf, der Gläubiger habe die Diligenzpflicht verletzt, da er keine genügende Kontrolle über den Schuldner

[1]) R. G. E. Band 67, Hasenbalg S. 560.

[2]) Sokolowsky a. a O. S. 132, R. G E Band 23 S. 149, Girtanner S. 390, Hasenbalg S. 564, Gruchots Beiträge zur Erläuterung des preuss. Rechts Band 16 S. 669. Von den Amtskautionen: von Bülow und Hogenmanns praktische Erörterung I. Teil S. 188.

ausgeübt habe? Dies ist zu bejahen, da es Pflicht jedes ordentlichen Kassenherrn ist, seine Kasse von Zeit zu Zeit zu revidieren. Versäumt er diese Pflicht, so lässt er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser acht, und hat kein Recht, sich an den Bürgen zu halten. Diese Ansicht scheint umsomehr durchschlagend, als durch eine zeitweilige Kassenrevision der Kassenführer in fortwährender Besorgnis erhalten wird, dass Unordnungen und Veruntreuungen alsbald entdeckt werden, und der Kassenherr dadurch Gewissheit erlangen kann, ob er dem Kassenbeamten noch länger vertrauen darf.[1]) Den Bürgen selbst fehlt es an allen Mitteln, den Kassenführer zu kontrollieren, um denselben allenfalls wegen Untreue oder nachlässiger Verwaltung des Dienstes zu entlassen. Diese Mittel müssten aber doch dem Bürgen zu Gebot stehen, wenn man annehmen wollte, dass der Kassenherr selbst die ihm zustehenden Mittel nicht anwenden müsste. Der Kassenherr muss umsomehr Sorgfalt anwenden, da er aus dem Vertrag allen Vorteil zieht, während der Bürge alle Gefahr übernimmt.

Die Richtigkeit dieser Auffassung ist schon bestritten worden mit dem Hinweis darauf, daß durch die Eingehung eines derartigen Vertrags in der Regel die Verpflichtung des Gläubigers abzuleiten sein wird, die Entstehung der Verbindlichkeiten möglichst zu verhindern.[2])

Eine andere Auffassung vertritt das Reichsgericht.[3]) Es erkennt zwar auch der zuletzt erwähnten Auffassung einige Berechtigung zu, hält aber die Interessen des Bürgen zu stark in den Vordergrund geschoben, und betont besonders, daß der Kassenherr die Kaution bestellen läßt, um gegen Nachlässigkeit und Unredlichkeit des Kassenführers gesichert zu sein. Dieser Zweck der Sicherung würde verfehlt, wenn der Kassenherr, welchem häufig außerdem die Erfahrungen eines geübten Revisors ab-

[1]) Halsenbalg S. 165, Seuff. Arch. Bd. 12, S. 159.

[2]) Plauck Anm. zu § 776 B. G. B. R. O H. G. Bd. 26 S. 90, Seuff. Arch. Ed. 12, S. 159, Crome a O. S. 889.

[3]) R. G. E. Bd. 29 S. 143.

gehen, stets mit dem größten Mißtrauen kontrollieren und doch gewärtigen müßte, daß alle seine Maßregeln demnächst als nicht genügend angesehen werden, und daß er den Bürgen nicht in Anspruch nehmen kann. Das Reichsgericht erkennt deshalb nur eine Kontrollpflicht des Kassenherrn an, sofern eine solche durch die Umstände eines Falles geboten war, wenn also ihre Unterlassung arglistig wäre. Nach unserer Ansicht ist der Kassenherr nach der Natur des unter den Voraussetzungen des guten Glaubens geschlossenen Bürgschaftsvertrags gegenüber dem Bürgen verpflichtet, eine solche Aufsicht und Kontrolle zu führen, welche den Kassier in fortwährender Besorgnis erhält, daß Unordnungen und Veruntreuungen alsbald entdeckt werden.[1])

[1]) Anderer Ansicht das herzogliche Landgericht in Wolfenbüttel Urteil vom 4. I. 1831, Gans Zeitschrift für Rechtspflege in Hannover Bd. I Heft I Nr. 3.